

人格権の準拋法に関する若干の思案*

羽 賀 由利子

はじめに：問題の提起

I. 情報の公開とプライバシーの放棄

1. 人格権に関する議論をめぐる現状
2. 人格権の放棄可能性
3. プライバシーによる保護の対象となる情報

小括

II. 人格権の準拋法：その放棄に着目して

1. 侵害準拋法の射程
2. 先決問題としての権利の存否
3. 権利の放棄の準拋法

小括

結びにかえて

はじめに：問題の提起

我が国においても、「忘れられる権利」をめぐる裁判例が見られるようになってきた。「忘れられる権利」は欧州で提唱された権利である。その定義はまだ曖昧な部分も残しはするものの、インターネット上に存在する自身についての情報の削除を求める権利と理解できる¹。

* 本稿の第I部は「忘れられる権利」をめぐる裁判に際して2016年4月に東京地裁第9民事部に提出した原告側意見書を論文の形式に修正し若干の加筆をしたものである。本稿は、KDDI財団研究助成（第I部）及びJSPS科研費（課題番号15K16928）の助成（第II部）の成果の一部である。

1 宮下紘「「忘れられる権利」をめぐる攻防」比較法雑誌47巻4号（2014）29頁及び伊

この権利をめぐる議論に大きな影響を与えたのが、欧州司法裁判所による2014年5月13日先決裁定である²。この裁定の影響を受けてか、およそ半年後、東京地裁平成26年10月9日仮処分決定（判例集等未登載）において初めて検索サイトに対する情報の削除請求が認容された³。この事件は、我が国で初めてこの権利が認められた事件として耳目を集めた。その後、さいたま地裁平成27年12月22日（判時2282号78頁）が「忘れられる権利」という文言を明確に用いて検索サイト業者に情報の削除を命じ、我が国でもこの権利が認められるのでは、といった流れが見られた。

ところが、前掲さいたま地裁の抗告審である東京高決平成28年7月12日（判例集等未登載）は、この判断を覆した。この決定は、「忘れられる権利」は、そもそも我が国において法律上の明文の規定がなく、その要件及び効果が明らかではない。……その実体は、人格権の一内容としての名誉権ないしプライバシー権に基づく差止請求権と異ならないというべき」であると判示した上で、さいたま地裁の決定を取り消した。現時点ではこの東京高裁の判断が「忘れられる権利」について言及した最も新しい裁判例であり、地裁レベルでいっ

藤英一「情報社会と忘却権：忘れることを忘れたネット上の権利」法学研究84巻6号（2011）165頁を参照。なお、この権利についての論稿は数多い。例えば、宮下紘「忘れられる権利：プライバシー権の未来」時の法令1906号（2012）、杉谷眞「忘れてもらう権利」Law&Practice7号（2013）、上机美穂「忘れられる権利とプライバシー」札幌法学25巻2号（2014）、今岡直子「忘れられる権利」をめぐる動向調査と情報854号（2015）、石井夏生利「忘れられる権利」をめぐる論議の意義情報管理58巻4号（2015）、野澤正充「忘れられる権利」（droit à l'oubli）とプライバシーの保護」L&T70号（2016）、宇賀克也「忘れられる権利」について」論究ジュリスト18号（2016）等。

- 2 ECJ Judgment 13 May 2014 (C-131/12; Google Spain v. AEPD and Mario Costeja González). 本件の邦語による評釈として、中西優美子「GoogleとEUの「忘れられる権利（削除権）」」自治研究90巻9号（2014）及び中村民雄「EU判例研究：忘れられる権利事件」法律時報87巻5号（2015）。
- 3 それ以前の我が国における裁判例の状況については、拙稿「忘れられる権利：忘れることを忘れた世界の新たな権利」コピライト2015年11月〔通号655〕号（2015）48頁を参照されたい。

たんは認められたこの権利を否定した点で注目される。

さて、裁判所の判断も分かれている「忘れられる権利」の位置づけ、すなわち、ひとつの独立した権利として我が国で認容すべきか、あるいはプライバシー権の延長ととらえるべきか、という問題の検討は別稿に譲る。本稿が着目するのは、「忘れられる権利」が争われた裁判において主張された人格にかかる権利の放棄をめぐる問題である。

この問題は、「忘れられる権利」を初めて認めたとされる前掲東京地裁平成 26 年 10 月 9 日仮処分決定の保全異議申立てにおいて論じられた。まず、すでに広く報じられてはいるが、この事件の概要について確認する⁴。

この事件において原告となったのは、未成年時に不良集団に属していたとされる男性である。原告が銀行に融資を申し込んだところ、銀行側から拒絶された。その理由は、検索エンジンで原告の名をキーワードとして検索すると、検索結果に表示される見出しとスニペット（検索対象のサイト等の抜粋文）に、かつて原告が不良集団の一員であったことが表示されることであった。原告はすでにこの不良集団に属してはいないが、銀行側からは融資を受けるためにはこのような検索結果に対する対策を講じる必要があると通告された。そこで原告は、当該検索エンジンを提供する検索サービス業者を相手取り、237 件の検索結果の削除を求める訴えを提起した。裁判所は、前掲東京地裁平成 26 年 10 月 9 日仮処分決定において、原告の訴えの一部を認容し、問題となる検索結果のうちの 122 件の削除を命じた。

この仮処分決定に対して異議申立てがなされた。そこで論点の一つとなったのがプライバシー権の放棄である。被告側は、原告自身がかつてメディア（新聞、雑誌等）の取材に対して自ら不良集団に属していた過去を公表していたことから、プライバシー権を放棄したものと主張した。

本稿は、この主張を契機として、人格権の放棄に関する諸問題について検討

4 本件の事実の概要については神田知宏『ネット検索が怖い：「忘れられる権利」の現状と活用』（ポプラ社、2015）45-60 頁及び毎日新聞 2014 年 11 月 9 日付報道を参照。

することを目的とする。

第一に生じる疑問は、そもそもプライバシー権は放棄され得るのか、またされ得る場合、自ら情報を公表したことが放棄とみなされるのか、という点である。筆者はこの点に関する専門家であるとは言い難いが、本稿第Ⅰ部はこの問題の分析を試みるものである⁵。

第二に必要となるのは、事案の涉外性を勘案した場合の、国際私法上の問題についての考慮である。この事件の被告となっているのは検索サービスを提供する米国企業である。涉外的要素を有する私法上の紛争には国際私法上の問題に対する解決が必要となるところ、これまでの「忘れられる権利」をめぐる裁判例においてはこれらの問題に対する言及は見られない⁶。そこで本稿第Ⅱ部では、かような問題意識を背景として、人格権の放棄が涉外性を有する場面で問題となった場合の準拠法をめぐる諸問題を検討する。

Ⅰ. 情報の公開とプライバシーの放棄

洋の東西を問わず、いったん世間の耳目に触れた情報（多くは悪事や凶報といった「悪い」もの）が瞬く間に伝播することを警告する慣用表現がある。古くから、情報とは人口に膾炙する性質を有するものであることが意識されていたとも言える。

ある情報を是が非にも秘匿したい時には、結局のところ、自身の心の内のみにとどめることが最良の手段かも知れない。しかし、実際にはそれは現実的ではない。そもそもその情報を自分自身のみが知っているということは少ないし、どれだけ留意しようとも、何らかの形で漏洩するものである。

とはいえ、何がしかの知られたくない事柄は誰しも持つものである。いった

5 民法学における議論として、米村滋人「人格権の権利構成と「一身専属性」(1)」法学協会雑誌 133 巻 9 号 (2016) が従来の議論を包括し、今日の人格権概念の精緻化を図っている。本稿の執筆時点では前半部のみに接したが、後半部の公表が待たれる。

6 なお、「忘れられる権利」についての国際私法の観点からの若干の分析として、拙稿「国際私法から見る「忘れられる権利」」金沢法学 58 巻 1 号 (2015) を参照。

ん公衆の知るところとなった情報は常に流布するに任さねばならないとしたら、息苦しい社会になろう。このような時に主張されるのがプライバシーの権利である。その尊重は人の存在にも関わるものと理解され、現在ではプライバシーは人格権の一類型と理解されている。この権利によって、人は私的生活を保持する上で必要な範囲で情報を秘匿し得る。しかし、逆にすべての情報が秘匿されるとすれば、それはそれで閉塞した社会になる。

様々な情報が存在する中、どこで線引きをすべきかという点がプライバシーを論じる上で重要な視点である。本稿は、そのうち、問題となる情報の対象となる者（さしあたり本稿では「情報主体」と称する）が、自らその情報を暴露した場合を検討の対象とする。情報主体自身がいったん表に出した情報はプライバシーによって保護され得ないのか、すなわち、プライバシーの権利を放棄したのか、という問題意識である。

プライバシーの放棄可能性を検討するに際して、議論の出発点として、プライバシーを含む人格権の概念がいかに理解されているかを把握する。「人格権」すなわち人格を保護する権利といっても、具体的にどのような利益が保護されるのか。この点を明らかにするために、我が国の学説及び裁判例を概観する。

人格権が人の人格に由来する権利であることを考えれば、その権利の放棄はいわば人格を放擲するものとも言えるのではないか。そのような行為は許容されるのか。このような疑問が生じる。そこで、次に、特に民法学における人格権概念の理解を踏まえて、一般的に人格権は放棄可能であるかを分析する。プライバシー権は人格権の一と理解されているから、人格権の放棄可能性の如何はこの権利にも妥当することになろう。

その上で、プライバシーの保護する利益を検討する。社会には様々な情報があるが、何が秘匿されるべきであり、何が公に知られるべきであるのか。情報がすべて制限されてしまつては社会は立ちゆかない。プライバシーの放棄を論じるに際しては、他の対抗利益との比較衡量も必要となる。

1. 人格権に関する議論をめぐる現状

「人格権」は人の有する人格を保護する権利として説明されるが、法律に明文で示されているわけではない⁷。一般に、我が国における人格権の法理は主に裁判例によって形成されてきたと言われる⁸。

人格権に関する裁判例は戦前より数多く存在するが、人格権を理由として差止や損害賠償請求が是認される事案が特に 1970 年代ごろから下級審レベルで多く見出されるようになった⁹。最高裁レベルで「人格権」が認められたのは最判昭和 61 年 6 月 11 日（民集 40 巻 4 号 872 頁）〔北方ジャーナル事件〕である¹⁰。この事件において、最高裁は、人の名誉を「人の品性、徳行、名声、信用等の人格的価値について社会から受ける客観的評価」と定義し、「生命、身体とともに極めて重大な保護法益であり、人格権としての名誉権は、物権の場合と同様に排他性を有する権利」と示した。その上で、この権利を「違法に侵害された者は、損害賠償（民法 710 条）又は名誉回復のための処分（同法 723

7 ただし、民法上人格権が全く意識されていないわけではない。例えば民法 710 条の文言から、起草者は身体や名誉を保護の対象と意識していることが見て取れることが指摘される。大村敦志『「民法 0・1・2・3 条」〈私〉が生きるルール』（みすず書房、2007）113-114 頁。

8 我が国における人格権に関する裁判例を人格権の類型ごとに整理したものとして、五十嵐清『人格権法概説』（有斐閣、2003）を参照（同 11 頁は、人格権に関する戦後の裁判例で特に画期的なものとして、プライバシーについて「いわゆる人格権に包摂されるものではあるけれども、なおこれを一つの権利と呼ぶ」ことができると判示した東京地判昭和 39 年 9 月 28 日（下民集 15 巻 9 号 2317 頁〔宴のあと事件〕）、及び大阪地判昭和 49 年 2 月 7 日（判時 729 号 3 頁〔大阪国際空港事件（第一審）〕・大阪高判昭和 50 年 11 月 27 日（判時 797 号 36 頁〔同（控訴審）〕）を挙げる。ただし、同事件上告審（最判昭和 56 年 12 月 16 日（民集 35 巻 10 号 1369 頁））では人格権という語は用いられず、また、団藤重光判事及び環昌一判事は反対意見において人格権概念そのものに対して疑問を呈している）。また、人格権に関する裁判例を時代順に整理したものとして、木村和成「わが国における人格権概念の特質：その再定位の試み（一）」撰南法学 34 号（2005）89 頁以下。

9 山本敬三「人格権」内田貴・大村敦志（編）『民法の争点』（有斐閣、2007）44 頁。

10 なお、最高裁における「人格権」という表現の初出は最判昭和 44 年 6 月 25 日（刑集 23 巻 7 号 975 頁）であるとされるが、「単なることば以上の実質的な意味を伴うものではない」。五十嵐清「人格権の侵害と差止請求権」ジュリスト 867 号（1986）33 頁。

条)を求めることができるほか、人格権としての名誉権に基づき、加害者に対し、現に行われている侵害行為を排除し、又は将来生ずべき侵害を予防するため、侵害行為の差止めを求めることができる」と判示している。

その後の判例動向においても、在日外国人の氏名の呼称が問題となった最判昭和 63 年 2 月 16 日(民集第 42 巻 2 号 27 頁)[NHK 日本語読み事件]において、氏名が「個人の人格の象徴であって、人格権の一内容を構成する」ものと認められるなど、最高裁レベルでも人格権という概念は承認され、定着しているものと理解されよう。

ところが、人格権に関連する裁判例は数多いが、そこで具体的に問題となっている保護されるべき利益はきわめて多種多様である。換言すれば、「人格権」と称するものの、その内容と外延は明らかではないと言わざるを得ない¹¹。裁判例において示された保護されるべき利益という観点から裁判例を見渡すと、名誉(北方ジャーナル事件)、氏名(NHK 日本語読み事件)、肖像(東京地判昭和 51 年 6 月 29 日(判時 817 号 23 頁)[マーク・レスター事件])¹²、プライバシー(宴のあと事件)、平穏安全な生活(東京高判昭和 62 年 7 月 15 日(判時 1245 号 3 頁)[横田基地騒音公害事件]¹³)等が指摘されており、保護され

11 このような指摘は、例えば、須加憲子「人格的利益と不法行為」法律時報 78 巻 8 号(2006) 49 頁、加藤雅信『現代民法学の展開』(有斐閣、1993) 133-134 頁など、多くの論者によってなされている。

12 なお、最高裁においては、刑事事件ではあるが最判昭和 44 年 12 月 24 日(刑集 23 巻 12 号 1625 頁)が「肖像権」について言及している。

13 なお、本判決において、裁判所は一般論として「人格権という言葉は、法律用語として必ずしも熟しているものということはできないが、通常は、人が人格を有し、これに基づいて生存しかつ生活をして行く上で有する諸々の権利の総称として使用されているといえよう。そうして、すべての人にこの意味での人格権を認めるべきことは当然であり、その実定法上の根拠は、民法 709 条、710 条の中に見出すことができる。すなわち、民法 709 条はすべての権利は侵害から保護されるべきことを規定し、同法 710 条は右権利の中には財産権のみでなく、人の身体、自由及び名誉が含まれることを規定している。右の規定によつて人格権としての身体権、自由権及び名誉権が認められたものと解すべきであるが、これらは人格権の例示とみるべきである。なんとなれば、人格は人の生活のすべての面において法律上の保護を受けるべきものであるか

るべきとされる対象が多岐に亘っていることが見て取れる。あえて定義を試みるとすれば、人格権とは人の人格から出来する価値、換言すれば人の「属性」についての権利といえようか¹⁴。

比較法的に見れば、名誉や氏名といった個別具体的な権利（「個別的人格権」）とは別に、包括的な概念として「一般的人格権」を概念するという見解もある。このような議論は主にドイツで活発になされ、この権利を初めて実定法上承認したとされるのがボン基本法である¹⁵。この一般的人格権は一般条項的な性格を有しており¹⁶、氏名や名誉等、具体化される権利を包括する。そして時には、これまでは認識されてこなかった人格価値が、一般的人格権が新たに具体化される形で、新たに見出されることもあるのである¹⁷。

我が国の裁判例にみられる「人格権」という語は、その内容の曖昧さからしても、ドイツの議論にいうところの一般的人格権を指し示すものではないかという見解もあり得るかも知れない。しかし、学説上、この点については否定的にとらえられている¹⁸。

そもそも、我が国の学説上、人格権を権利としてとらえるか否かという点か

ら、生活のそれぞれの局面においてそれに相応するそれぞれの権利が認められるべきであるからである」と述べている。

- 14 論者により様々な表現がされるが、その指し示すところはさほど相違がないように思われる。例えば、「「基本的に人格から分離できない非財産的な法益ないし権利」の集合ないし総体」（木村・前掲注（8）113頁）、「生命・身体・自由・名誉のような人格と切り離すことができない利益を内容とする権利」（大塚直「人格権に基づく請求」民商法雑誌 116 巻 4=5 号（1997）501 頁）、「身体・健康・自由、氏名、肖像・名誉・プライバシー等々の人格的属性が第三者から侵害された場合に、それを保護すべく、損害賠償、謝罪広告を含む原状回復、差止め等が認められる権利」（加藤・前掲注（11）134 頁）、のように表現される。
- 15 詳細については、齊藤博『人格権法の研究』（一粒社、1979）99 頁以下。
- 16 齊藤・前掲注（15）219 頁。また、五十嵐・前掲注（8）10-11 頁も参照。
- 17 齊藤・前掲注（15）220 頁。
- 18 北方ジャーナル事件に際して、「西ドイツのように、一般的人格権が認められたものとはいえない」と指摘する前最高裁調査官の意見として、加藤和夫「北方ジャーナル差止国賠事件最高裁大法廷判決」ジュリスト 867 号（1986）58 頁。

ら議論が存在する。判例を含む支配的見解は人格権に権利性を認めるが、主体が外部の客体について支配を及ぼすことを権利とする立場からは、人格権の権利性は否定される。なぜなら、この立場に立つ場合、氏名や名誉等の人格価値は主体の内部に属するものであるから、そもそも権利の対象となる「主体の外部にある客体」には該当しないからである¹⁹。ただし、仮にこの立場に立つとしても、人格価値は「いわば権利以上の存在」であって、法制度を通じて当然に保護されるべきものであることが前提²⁰とされる。

これに対して判例及び通説的見解は、人格権は人格価値を主体が「支配」する権利であり、物権と同様に排他性を有する支配権であると理解する²¹。これにより、人格権を侵害されたものは、民法 710 条に基づく損害賠償を求めることができるのみならず、自身の「権利」を侵害する行為に対する差し止めを求めることが可能となる。

概念の外延の不確定性、あるいは上述した学説の議論状況を背景としてか、人格権自体、しばしば「権利ないし利益」と表現されることも多い。また、人格権に関する明確な条文が不在であることから、特に不法行為法の分野において権利・利益侵害要件の文脈で、このような議論が必要となったものであろう²²。

しかし、概念を示す表現の如何を問わず、この権利ないし利益が法的に保護に値するものであるという点については異論は見られない。そこで、人格価値を保護すべき枠組みをどのように把握するかの詳細な議論については民法学の優れた先行研究に譲るとして、本稿では一般的に言われる「人格権」の語を用いることとしたい。

19 山本・前掲注 (9) 45 頁。

20 山本・前掲注 (9) 45 頁。

21 山本・前掲注 (9) 46 頁及び山本敬三「人格権：北方ジャーナル事件」民法判例百選 ①総則・物権（有斐閣、2009）11 頁。

22 人格権概念の意義と必要性について、窪田充見『不法行為法』（有斐閣、2007）128-131 頁。

さて、人格権それ自体は人の属性についての包括的な権利であるにとらえるとして、その内容は具体的にはどのようなものであるか。人格権により保護される個別的な利益として挙げられるのは、(生命を含む)身体、健康、自由、名誉、プライバシー、肖像、氏名・名称、自己決定権等である²³。そして近年では、人格権概念はさらに多様化・拡大しており²⁴、従来の類型には当てはまらない「その他」型の人格価値の保護が求められるようになってきている²⁵。

このように多岐に亘る人格権概念であるが、その中心となるのは精神的人格権と類型化される名誉・氏名・プライバシーである²⁶。というのも、これに對置される人の身体的側面にかかる権利である身体的人格権(人身)は²⁷、最も基本的な人格価値として「特に権利性を問題とするまでもないものと観念され」²⁸るからである。比較法的に見ても、身体的人格権は別個に取り扱われる²⁹。そこで以下では、特に狭義の人格権たる精神的人格権を念頭に置きつつ、その性質と放棄可能性について検討する。

2. 人格権の放棄可能性

すでに述べた通り、最高裁は人格権を物権と同様に排他性を有する絶対権としてとらえている(北方ジャーナル事件)。絶対権であるから、何人に対しても主張することができるし、侵害に対しては妨害の排除あるいは予防を求める

23 窪田・前掲注(22)128頁。

24 平野裕之『不法行為法(第3版)』(信山社、2013)75頁はこの状況を指して「人格権ないし人格的利益のインフレ状態」と表現している。

25 人格権に関する近年の裁判例を網羅的に分析する論稿として、木村和成「近時の裁判例にみる「人格権」概念の諸相」立命館法学363=364号(2015)を参照。

26 五十嵐・前掲注(8)19-20頁。

27 例えば、須加・前掲注(11)49頁は、身体権に比して精神的人格権が低く位置づけられることに疑義を呈する。

28 大塚直「保護法益としての人身と人格」ジュリスト1126号(1998)36頁。同論文は、そこで、生命・身体以外の人格的利益を「狭義の人格的利益」と位置付ける。

29 英米法においては、身体的人格権の侵害はpersonal injuryとして不法行為法上の独立領域としてとらえられる。五十嵐・前掲注(8)19頁。

ことができると理解される³⁰。

加えて、人格権はある人の属性たる人格価値に関する権利であるから、その人にのみ専属すると考えられる³¹。ゆえに、人格権は譲渡されず、相続もされず、加えて人格権について債権者代位権を主張することもできない³²。

このような人格権の性質は、どこに基礎を置くものであろうか。北方ジャーナル事件は「人格権としての個人の名誉の保護」に言及する際に憲法 13 条を指摘している。多くの学説もこれと同様に、人格権の基礎は憲法上の権利にあるものととらえている。

憲法 13 条は、「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」と定める。人格権は、個人として尊重されるべき主体たる人が「自己のあり方を決める権利として位置づけられる」³³。すなわち、個人として、自身の人格価値、つまり生命・身体、自由、名誉等についての自己決定を行うことができるものと理解できる。

さらに、人格権を「個人の尊厳や人格の保護」を目的とする一つの独立した権利³⁴ ととらえる向きもある。この見解は、民法 2 条の定める「個人の尊厳」を人格権の基礎とする。その上で、民法 2 条は憲法 13 条に立脚し³⁵、憲法上の価値を私法たる民法においても実現することを企図した規定である。一般条項である 2 条は民法全般においてその解釈に影響を与えるものである上に、民法は私法の一般法であるから、私法的全領域においてこの精神は通底されな

30 五十嵐・前掲注 (8) 13 頁。

31 五十嵐・前掲注 (8) 13 頁。

32 なお、すでに生じた人格権侵害に対する損害賠償請求権は譲渡可能であるし、相続されるものと理解される。五十嵐・前掲注 (8) 13 頁。

33 山本・前掲注 (9) 47 頁。

34 木村和成「わが国における人格権概念の特質：その再定位の試み（二・完）」摂南法学 35 号 (2006) 102 頁。

35 我妻栄・有泉亨・清水誠・田山輝明『コンメンタール民法：総則・物権・債権（第 3 版）』（日本評論社、2013）53 頁。

なければならない³⁶。ゆえにこの見解は、結局のところ、人格権は憲法上の基本権に基礎づけられるものと理解する。

このように人格権が憲法上の価値であるのならば、国家は個人の有する人格権を侵害することは許されないし、加えて人が他者から自己の人格権を侵害された場合に保護を与えなければならないことになる³⁷。この意味で、不法行為法において人格権の保護が図られているのはその制度上の一環であるとも理解できる³⁸。加えて、民法2条が民法あるいは私法全般の解釈の指針として個人の尊厳の尊重を示していることも、国家が私法領域においても人格権を保護するという意思を制度化したものといえるのかも知れない。さらに、これを補強する存在として、国家機関たる裁判所は「立法による保護手段だけでは、基本権＝人格権の侵害を受けている者に実効的な保護を与えたことにならない場合は、……立法の不備を補い、少なくとも最低の保護を与える義務を負う」³⁹。従来的人格権にかかる裁判例も、このような見解に立脚して被害者の保護を図っているものと思われる。

さて、このような憲法上の価値に基礎を置く人格権を放棄することは可能であろうか。すでに述べた通り、人格権は一身専属権であり、かつ絶対権として理解されている。したがって、人は他者に人格権自体を譲渡することはできない。

しかしながら、本人が自己にかかる人格権を放棄することが可能であるかについては、従来さほど議論されていない。以下、この点について検討する。

民法は公序良俗に反する法律行為を禁じている（民法90条）。ある法律行為が法の明文に違反していれば当該行為は当然に無効であるが、そうでない場合であっても、本条は社会的妥当性を有さない行為について法的効果を否定する一般条項である。この社会的妥当性の判断基準が本条の定める「公の秩序又は

36 我妻・有泉・清水・田山・前掲注（35）54頁。

37 山本・前掲注（9）47頁。

38 山本・前掲注（9）47頁。

39 山本・前掲注（9）47頁。

善良の風俗（公序良俗）」である。民法起草時には「公の秩序」は行政・警察・司法等の国家制度・秩序にかかわる事項を、「善良の風俗」は社会の一般的な道德観念を指すものと理解されていた⁴⁰。その上で、契約の自由、当事者の意思の尊重を原則とし、公序良俗違反による法律効果の否定はあくまで例外として運用されていた⁴¹。

しかし、その後の判例・学説において、「公の秩序」と「善良の風俗」は必ずしも区別されることはなくなった。比較法的に見ても、いわゆる「公序」とされるものは、英米法においては public policy（公の秩序）、ドイツ法においては die guten Sitten（善良の風俗）、フランス法においては bonnes mœurs ou l'ordre public（善良の風俗あるいは公の秩序）と、その表現に揺れはあるものの、内容は同一のものであると考えられている⁴²。これを踏まえても、両者を区別せずに「公序良俗」ととらえ、その内容を「社会的妥当性」とする我が国の現行の通説的理解は妥当であろう⁴³。

民法 90 条は一般条項である。したがって、ある行為が社会的妥当性を有するかどうかは、裁判官が「社会の慣行と時代の倫理思想を探究して認定すべき」⁴⁴ ことになる。したがって、いかなる行為が公序良俗に反するものであるかについては基本的には事案ごとに裁判官の判断に委ねられることとなる。民法 90 条を含む一般条項の特質は「特定性の低さと開放性の高さ」⁴⁵ であるが、とはいえ、法的安定性の観点からはある程度いかなる問題が公序良俗に抵触するかの類型化が要請される。

この点の詳細については他の優れた論稿に譲るが⁴⁶、公序良俗に反するものと

40 佐久間毅『民法の基礎 1 総則（第3版）』（有斐閣、2012）194 頁、山本敬三『民法講義 I 総則（第3版）』（有斐閣、2011）266 頁。

41 佐久間・前掲注（40）194 頁、山本・前掲注（40）266 頁。

42 我妻・有泉・清水・田山・前掲注（35）200 頁。

43 我妻・有泉・清水・田山・前掲注（35）200 頁、佐久間・前掲注（40）194 頁。

44 我妻・有泉・清水・田山・前掲注（35）200 頁。

45 佐久間・前掲注（40）194-195 頁。

46 すでに掲げた概説書の他、中舎寛樹「民法 90 条における公序良俗違反の類型」椿寿

して必ず指摘される類型として、「憲法規定ないしその理念に反する」⁴⁷事項が挙げられる。民法は最高法規たる憲法が認める価値を当然尊重しなければならないから、憲法の規定及び理念に反するものが民法上の公序良俗に反することは自明といえる。そこで、憲法上保障されるべき基本的価値たる個人の尊厳、それに立脚する人格権について、これを放棄することが可能であるかについて考えるに際しては、公序良俗に反することがないかの検討がなされる必要があらう。

人格権を自己決定権の一として理解するのであれば⁴⁸、本人の意思としてその権利を放棄することもあり得るのかも知れない。例えば、人格権の中でも極めて絶対的なものと扱われる（論者によっては「人身」という別個の権利としてとらえるか、あるいはわざわざ「人格権」ととらえるまでもなく保護されるべきものと理解する）存在である生命について、人格権が自己決定権であることを理由として、その処分を本人に委ねるべきとする見解も可能性としてあり得よう。実際、自殺幇助や同意殺人は刑法上犯罪を構成するが（刑法 202 条）、自殺それ自体は罰せられる対象ではない。この理由として、自殺幇助を行った者は他人の生命を侵害したのであるから違法であり、自殺者自身については自分自身の生命についての行為であるから刑事罰の対象とならないと説明される⁴⁹。

これは一見、自己決定権を追求した結果、すなわち、自己決定権が絶対的な

夫・伊藤進（編）『公序良俗違反の研究』（日本評論社、1995）、山本敬三「民法における公序良俗論の現況と課題」民商法雑誌 133 巻 3 号（2005）、大村敦志「公序良俗：最近の議論状況」同『もうひとつの基本民法Ⅰ』（有斐閣、2005）等。

47 我妻・有泉・清水・田山・前掲注（35）202-203 頁。あるいは、「憲法の認める基本的価値に反する行為」（佐久間・前掲注（40）197 頁）。

48 山本・前掲注（9）47 頁は、「身体的人格権は身体的な自己の決定権、精神的人格権は精神的な自己の決定権、社会的人格権は社会的な自己の決定権——これは名誉・プライバシーや氏名、肖像等のように、社会における自己のあり方を決める権利もふくむ——として位置づけられる」と説明する。

49 山口厚『刑法各論（補訂版）』（有斐閣、2005）12 頁。

価値を有するものであれば、成り立ち得る見解のようにも思われる。しかしながら、刑法学の分野においては、自殺者の自殺への意思が真に自由で真摯なものであったかが問われなければならないし、また、自由な意思の存在のみをもって生命の処分を是とすることができるのかという議論が存在する⁵⁰。

加えて、民法学においても、生命（あるいは「人体の完全性」⁵¹）の侵害には、その人自身の同意が不可欠であると理解される⁵²。しかしながら、これは同意の存在によって生命あるいは自身の身体を自由に処分できることを意味しない。我が国の現在の法感覚からすれば、たとえその人自身の同意があったとしても、生命あるいは身体を損傷するような契約は受け入れられないと言えよう。その理由は、やはり、これらの価値が極めて強く保護されるべき基本的価値であるからであるところに求められる。自己決定権により、人は自身が「善き生」⁵³とする生き方を決定することができ、その決定は基本的には何人にも制約されない。しかしながら、この「善き生」の追求のために必要不可欠な基礎的な価値は必ず尊重されなければならない。すなわち、「生命・身体・健康の保障や人間の尊厳、自己決定権などは、およそ「善き生」の構想を追求しようとするいとなみをそもそも可能にする基盤」⁵⁴であって、この「基盤を破壊するような行為だけは……許すわけにはいかない」⁵⁵のである。

身体的人格権（人身）のみならず、精神的人格権が人格権の中心的価値であることはすでに指摘した通りである。そうであるならば、精神的人格権の放棄

50 山口・前掲注（49）12頁（生命処分の制限緩和に否定的である）。また、西ドイツにおける議論との比較法的検討として、秋葉悦子「自殺関与罪に関する考察」上智法学論集 32 巻 2=3 号（1989）も参照。

51 櫛橋明香「人体の処分の法的枠組み」北大法学論集 64 巻 4 号（2013）1291 頁。

52 櫛橋・前掲注（51）1293 頁。

53 山本敬三『公序良俗論の再構成』（有斐閣、2000）69 頁。

54 山本・前掲注（53）69 頁。ゆえに、人身売買や芸娼妓契約、あるいは売春契約や臓器売買は本人の意思の如何を問わず許容されない。なぜなら、これは「基礎的な価値」を損なうものであるからである。

55 山本・前掲注（53）69 頁。

もまた上述の基本的価値を損なうものであるととらえることができるのではない。このように考えると、人格権の放棄は基本的には公序良俗に触れるものであると思われる。したがって、人格権を放棄するような意思表示は、民法 90 条に照らして、無効であると言えよう。

さらに付言するに、仮に人格権の放棄が可能であるとしても、それに際しては、その意思がいかに示されたかが極めて厳密に検討される必要があるように思われる。この点について参考となる議論として、人格価値のうち、特別法により定められ、「技術的」なものと位置付けられるがゆえにやや特殊な扱いを受ける著作者人格権について言及しておく⁵⁶。

著作者人格権は、「著作者が自己の著作物につき有している人格的利益を対象とした権利」⁵⁷であり、具体的には公表権（著作権法 18 条）、氏名表示権（同 19 条）、同一性保持権（同 20 条）及び名誉声望保持権（同 113 条 6 項）がある。この権利は創作の時点で著作者に原始的に帰属する一身専属権であり、譲渡・相続されない（著作権法 59 条及び民法 896 条但書）。

著作者人格権が人格権の中でいかに位置付けられるかについては著作権法分野でも活発な議論があるが⁵⁸、人格価値を保護する権利であるという点において、人格権の枠組みの中で論じられるのが多数の見解であろう⁵⁹。比較法的観点からさらに付言すると、著作権に関する国際的枠組みである文学的及び美術的

56 この点について、詳細は拙稿「著作者人格権の処分についての序論的検討」金沢法学 59 巻 1 号（2016）107 頁以下を参照されたい。

57 中山信弘『著作権法（第 2 版）』（有斐閣、2014）469 頁。

58 中山・前掲注（57）470-472 頁。

59 斉藤・前掲注（15）228 頁以下及び斉藤博『人格価値の保護と民法』（一粒社、1986）76 頁以下は独立の章としてこの権利を論じるし、木村・前掲注（8）110 頁も著作者人格権を「著作者であること」の保護に向けられていることから、まさに著作者の人格を保護することに意味がある」として人格権の文脈で言及する。さらに、木村和成「ドイツにおける人格権概念の形成（1）」立命館法学 295 号（2004）102 頁は、人格権概念の発祥たるドイツにおいて「現実の必要性から人格権概念を生成するに至った実質的経緯は、まず著作権領域に求められる」と指摘し、以下、著作者人格権に言及する。

著作物の保護に関するベルヌ条約（以下「ベルヌ条約」）は加盟国に対して著作人格権の保護を条約上の義務として要求するが、これに対して、アメリカ合衆国は名誉毀損（defamation）やプライバシー等の一般的な人格権保護の枠組みにより著作人格権も十分に保護されるものとして、明文の規定を置いていない⁶⁰。この点も、著作人格権と一般的な人格権との接近を示す一例と言える。

著作人格権は、著作権法という特別法の枠内に位置付けられ、かつ、権利を有する者が著作者に限定され、さらにその者によって創作された著作物に化体した人格価値が保護の対象である。そのため、その他の一般的な人格権と完全に同列に扱えるものとは言い難い⁶¹。しかしながら、人格価値を保護するという目的からは、人格権と近接する権利である。そうであるならば、その処分に關する規則のあり方は、人格権それ自体の放棄を考える際に参考になり得る。

著作人格権の放棄は権利の不行使という文脈で論じられることが多い⁶²。すでに指摘した通り著作人格権は一身専属であり譲渡不可能であるが、著作者自身が同意してその行使を「放棄」することは可能か。この点については著作権法分野において議論されているが⁶³、我が国では著作人格権が人格権性を有することだけを理由に著作人格権に関する契約が公序良俗に反することには

60 Report of the Ad Hoc Working Group on U.S. Adherence to the Berne Convention, in U.S. ADHERENCE TO THE BERNE CONVENTION: HEARINGS BEFORE THE SUBCOMMITTEE ON PATENTS, COPYRIGHTS, AND TRADEMARKS OF THE COMMITTEE ON THE JUDICIARY, UNITED STATES SENATE, NINETY-NINTH CONGRESS, FIRST AND SECOND SESSIONS, MAY 16, 1985 AND APRIL 15, 1986, 1987, p.458.

61 小泉直樹「著作人格権」民商法雑誌 116 巻 4=5 号（1997）587-590 頁を参照（その他の考慮すべき要素も指摘する）。

62 中山・前掲注（57）472 頁。なお、ここにある「「人格権の放棄」という用語が人格権の本質にはそぐわない」という指摘には注目すべきであろう。

63 上野達弘「著作人格権に関する法律行為」著作権研究 33 号（2006）44-46 頁、板倉集一「著作人格権の不行使特約」高林龍・三村量一・竹中俊子（編集代表）『知的財産法の理論的探究（現代知的財産法講座 I）』（日本評論社、2012）341-346 頁。

ならない、とするのが通説的見解であると思われる⁶⁴。しかし、だからといって一律に著作者人格権の放棄が認められるわけではない。この時に特に問題となるのは、著作者人格権の不行使特約が包括的な、あるいは事前のものである場合である。なぜなら、包括的な不行使特約を完全の有効と認めると、「少なくともその相手方との関係においては、結果として著作者人格権の放棄を認めたのと等しくな」⁶⁵り、これは「著作者人格権が人格権としての要素を捨て去ることができない」⁶⁶我が国の著作権法の考え方とそぐわないからである。したがって、通説的見解としては、著作者人格権の「放棄」（不行使特約）は否定されはしないものの、その内容が明確かつ具体的に特定されなければならないことになると思われる⁶⁷。

外国の状況も同様の傾向である。著作者人格権をきわめて強く保護することで知られるフランスにおいては、そもそも、著作者人格権の事前の放棄はいかなる形態であっても公序に反するものとして無効である⁶⁸。その理由は著作者人格権が著作者の人格に強く結びついている点に求められる⁶⁹。その他の国の法制においては、著作者人格権の「放棄」は絶対的に認められないわけではないが、様々な制限がかけられている。例えばイギリスでは、著作者は著作者人格権の「放棄」自体は認められる（イギリス著作権法 87 条 2 項）。しかし、その「放棄」は著作者の署名を付した書面によることが求められている（同条）。アメリカも同様に書面要件を付し、かつ、「放棄の対象となる著作物およびその使用を具体的に記載する」ことを要求する（アメリカ連邦著作権法 106A 条 e 項）。

64 上野・前掲注 (63) 46 頁。

65 上野・前掲注 (63) 53 頁。

66 板倉・前掲注 (63) 346 頁。

67 上野・前掲注 (63) 52 頁、板倉・前掲注 (63) 347 頁。なお、ドイツ法上も、包括的な著作者人格権不行使特約は制限的に解釈されるとのことである（上野・前掲注 (63) 52-53 頁）。

68 F. POLLAUD-DULIAN, LE DROIT D'AUTEUR, Economica, Paris, 2005, n° 579.

69 F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, n° 577.

以上を踏まえると、著作者人格権の放棄それ自体は可能であるが、その人格権的性質を鑑み、内容は具体的に特定され、かつ（あるいはまたは）その放棄の意思は明確に示されなければならないと理解できる。

これを踏まえて一般の人格権に議論を戻す。人格権の中でも特殊な位置づけを与えられる著作者人格権であってもかような制限があることを鑑みれば、仮に人格権が放棄可能であるとしても、その際には厳格な条件が必要とされると考える。すなわち、本人が人格権の対象となる利益を特定し、かつその放棄の意思を明確に示して初めて放棄は認められる、と考えられよう。

3. プライバシーによる保護の対象となる情報

最後に、プライバシーの内容、すなわちプライバシーによって保護されるべき情報について論じる。

プライバシーは人格権の一として各国で認められる利益である。19世紀末期にアメリカにおいて提唱されて以降⁷⁰、この議論の発展の影響を受けつつ、我が国でもプライバシーに関する理論が展開されてきた。

我が国でプライバシーを初めて認めた裁判例は、すでに指摘した宴のあと事件（東京地判昭和39年9月28日（下民集15巻9号2317頁））である。この事件において、裁判所はプライバシーの要件として（1）「私生活上の事実または私生活上の事実らしく受け取られるおそれのあることがらであること」、（2）「一般人の感受性を基準にして当該私人の立場に立つ場合公開を欲しないであろうと認められることがらであること（一般人の感覚を基準として公開されることによつて心理的な負担、不安を覚えるであろうと認められることがらであること）」、（3）「一般の人々に未だ知られていないことがらであること（このような公開によつて当該私人が実際に不快、不安の念を覚えたことを必

70 この権利が最初に提唱したのがかの高名な S. D. Warren & L. D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 Harvard Law Review 193 (1890) である（この論文の和訳として、外間寛（訳）「プライバシーの権利」戒能通孝・伊藤正己（編）『プライバシー研究』（日本評論社、1962））。

要とするが、公開されたところが当該私人の名誉、信用というような他の法益を侵害するものであることを要しない」を示した。

最高裁は、最判昭和 56 年 4 月 14 日（民集 35 卷 3 号 620 頁）〔前科照会事件〕において、前審（大阪高判昭和 51 年 12 月 21 日（判時 839 号 55 頁））の「何人も自己の名誉、信用、プライバシーに関する事項については、不当に他に知らされずに生活をする権利を有し、……これは人の基本的権利として尊重されなければならない」とする判断を支持し、ここにおいて最高裁レベルでプライバシーが認められたと理解される。

我が国の裁判例は、一般に、プライバシーの定義としては、宴のあと事件で裁判所が述べた「私生活をみだりに公開されないという法的保障ないし権利」を採用している。この概念は、アメリカで Cooley 判事が提唱した「放っておいてもらう権利（Right to be let alone）」⁷¹ という伝統的プライバシー概念と一致する⁷²。

このように、我が国の判例法上は、プライバシーによって保護されるべき情報とは「私生活の秘密」であり、プライバシーの権利とはかような情報を秘匿する権利と理解されている。つまり、問題となる情報は、「他人に知られたくないもの」⁷³ であり、その人が公開したいとは考えず、かつ、未だ一般の人には知られていないものである、ということになる。

それでは、問題となる情報が例えば本人が一度は公開したものである場合で、その情報を後に秘匿したいと考える場合、これはどのようにとらえられるか。従来の要件に従えばプライバシーの枠内には入らないと考えられるが、このような情報の流布をとどめることは全く不可能であろうか。

この点を検討するにあたっては、まず、学説上論じられる「自己情報コントロール権」としてのプライバシーについて言及する必要がある。近年、プライ

71 S. D. Warren & L. D. Brandeis, *op. cit.*, p.195.

72 五十嵐・前掲注（8）205 頁。

73 前科照会事件最高裁判決の伊藤正己判事による補足意見（前科は「最も他人に知られたくないものの一つ」）を参照。

バシーの権利は「放っておいてもらう」というある意味では消極的な権利から、積極的に自身にかかわる「個人情報コントロールする権利」へと変化している⁷⁴。この背景には、1960年代以降の情報化社会の到来による個人の情報の商業的な価値の高まりがある。情報は主体である個人から離れ、取引の対象となり、流通し、利用されるようになった。このような社会的変化を受けて、プライバシーの概念は「私室で囁かれたこと (what is whispered in the closet)」⁷⁵に代表される私的領域を秘匿する権利から、自己についての情報をコントロールする権利へと変化した⁷⁶。現在ではこの見解が通説的見解とされ⁷⁷、下級審ではあるが裁判例にもこの見解に影響されたと思われるものが見られる（東京地判平成5年5月25日（判時1491号102頁）⁷⁸）。

プライバシーを自己情報コントロール権ととらえるのであれば、たとえば世間の耳目に触れた情報であっても、本人の意思に従って当該情報の削除等を求めることができるように思われる。しかしながら、人が排他的に自身についての情報を管理できるというほどにプライバシーを広く認めることは、社会の円滑なコミュニケーションの観点からも⁷⁹、妥当ではない。個人が過度に情報をコントロールできるとなると自由な社会・経済活動が制限されるおそれがある。反対に、個人が自己の情報について管理の権限をまったく有さないこと

74 森脇昭夫「プライバシーの権利：自分の個人情報をコントロールする権利」時の法令1870号（2010）38-39頁。

75 S. D. Warren & L. D. Brandeis, *op. cit.*, p.195.

76 佐藤幸治「プライバシーの権利（その公法的側面）の憲法論的考察：比較法的検討（1）」法学論叢86巻5号（1970）12頁。

77 阪本昌成「プライバシーの権利と個人情報の保護」佐藤幸治先生古稀記念論集『国民主権と法の支配（下）』（成文堂、2008）84頁、辻村みよ子『憲法（第3版）』（日本評論社、2008）173頁。

78 「プライバシー権は、自己に関連する情報の伝播を一定限度にコントロールすることを保障することも、その一つの内容とするものと解され」る、と述べた（ただし訴えは棄却）。控訴審である東京高判平成5年11月24日（判時1491号99頁）はこの点についての言及はしていない。

79 個人情報は「濃淡の差こそあれ、公共財的な側面があることは否定できない」からである。水野謙「プライバシーの意義」NBL936号（2010）30頁。

も妥当ではなかろう。プライバシーにより「コントロール」される情報の幅は、社会（あるいは他者）の利益と比較衡量しつつ、判断されることになるものと思われる⁸⁰。

それでは具体的にどのような線引きが行われるべきか。排他的な自己情報コントロール権という見解には与し得ないが、プライバシーを含む人格権の背景には究極的価値としての「個人の（人間としての）尊厳」⁸¹があることを踏まえ、「アイデンティティの源流としてのプライバシー」⁸²として把握することが妥当であると考ええる。すなわち、自己の属性を自分自身としていかに位置づけるかと同時に、自身を他者あるいは社会との関係でいかに位置づけるか、プライバシーはこれを決定する根底となる。

この見解に立つと、メディアによる情報の流布によって、ある人が構築してきた「物語」とは異なる情報がその人と同定可能な形で公となった場合には、プライバシー侵害と理解し得る⁸³。当該情報が一度は公開されたものであったとしても、侵害と構成することを妨げない。なぜなら、プライバシーによって保護されるべき情報とは秘匿されたものに限定されず、その人の本質的な属性に関する情報と理解すべきだからである。

さらに付言するに、すでに判例法においても、プライバシーの文脈において公の領域にある情報が論じられている。最判平成6年2月8日（民集48巻2

80 そもそも自己情報コントロール権は国家対個人の文脈で論じられたものであるはずが、このコントロール権が「市民相互に向いて刃を突き付けあう場面での道具というか、変な使われ方のツールに成り果てている」。棟居快行・山野目章夫・木村邦明・本橋春紀・大石泰彦「〈座談会〉プライバシーをめぐる今日的状況とプライバシー理論の現在」法律時報78巻4号（2006）22-23頁〔山野目発言〕。

81 大村敦志「「人の法」から見た不法行為法の展開」淡路剛久先生古稀記念論集『社会の発展と権利の創造』（有斐閣・2012）345頁。

82 水野・前掲注（79）37-38頁。あるいは、「個人のアイデンティティの形成過程を守る盾」（同39頁）。

83 水野・前掲注（79）39頁。また、水野謙「プライバシーの意義に関する序論的考察」学習院法学会雑誌45巻2号（2010）も参照（同論文は、特に最判平成14年9月24日（判時1802号60頁〔石に泳ぐ魚事件〕）を素材にプライバシーの内容を論じる）。

号 149 頁) [ノンフィクション逆転事件] は、前科を公表されない利益がプライバシーに属するものと判断している⁸⁴。

裁判が公開の法廷で行われること、訴訟に関する記録は誰であっても閲覧可能であることを考えると、前科は純粋な「私生活」の情報とはいえないし、人々がすでに知っている情報でもある。また、犯罪に対して社会がその情報にアクセスできるべきであるという公共性の観点からも、この種の情報をプライバシーにより保護することに否定的な見解もあり得るかも知れない。

しかしながら、この点は、社会が当該情報について「正当な関心」⁸⁵を持つものであるかにより判断されなくてはならない。個人に関する情報であっても、社会が正当な関心を持つべき情報は秘匿されるべきでは当然なく、「公共性」を有した情報として、社会による検討・批判の対象として公の領域に置かれるべきである。これに対して、そうではない情報までもが秘匿を許されず、私的な情報が公衆の耳目にさらされることは妥当ではない。

「社会の正当な関心」あるいは情報の「公共性」の判断に際しては、ノンフィクション逆転事件の第一審判決（東京地判昭和 62 年 11 月 20 日（判時 1258 号 22 頁））が示唆している「時間の経過」という要素の考慮も必要となるように思われる。犯罪や裁判という事柄は確かに社会的関心事であるが、時間の経過とともに、その関心は薄れる場合が多い。そうであるならば、時間が経過することで、かつては公共性を有していた情報が私的領域のものに変質することもあり得よう⁸⁶。この指摘は、情報がいつまでも色褪せずに残存する今日の社会では、特に示唆的であるように思われる。このような公私の線引きについて、民法学の権威である大村敦志教授は以下のように指摘しておられる。

84 なお、最高裁は判決文において「プライバシー」の語を明確に用いているわけではないが、犯罪者の社会復帰という利益が問題になっている点からも、最高裁は前科を公表されない利益はプライバシーに属するものと理解しているととらえられている。山本敬三「前科の公表によるプライバシー侵害と表現の自由」民商法雑誌 116 巻 2 号 (1997) 635-636 頁。

85 山本・前掲注 (84) 631 頁。

86 山本・前掲注 (84) 631 頁。

「一見して公共的な言説に対して、それでも個人が守られるべき場合はないか。この切り分けには時間〔忘却〕の要素もかかわってくる」⁸⁷。

このように考えると、単にある情報が一度公開されたという点をもって、プライバシーによる保護を否定することは妥当ではない。前節で指摘した通り、人格権の放棄は公序良俗に反するものであるし、仮に放棄が可能であるとしても、厳格な条件のもと行われるべきである。そうであれば、情報がいったん公開されたという事実をもって、人格権たるプライバシーを放棄したと理解することはできない。よって、いったんは公開に付した情報であっても、その情報の伝播が情報主体の「ライフ・ストーリー」⁸⁸を混乱させる場合には、プライバシーにより保護される余地は認められるべきであるとする。

小括

プライバシーは法的保護に値する人格的価値を保護する人格権の一翼を担うものである。これは憲法に基礎を置くきわめて重要な法的利益であり、その内容は社会における自己形成にかかる情報の保護であると思われる。

このプライバシーを含む人格価値を保護する「人格権」は、憲法 13 条に定められる幸福追求権を背景とするものである。民法上、「憲法規定ないしその理念に反する」事項は民法 90 条の定める公序良俗に反すると理解されるところ、憲法上の価値に基礎を置く人格権を放棄することは是認されないと思われる。仮に放棄が可能であるとしても、厳格な条件の下でのみ認められるべきであろう。ゆえに、人格権の放棄は第一義的には公序良俗に反するものであり、仮に放棄が認められるとしても、その対象・態様等が明確かつ厳密に示される必要がある。

プライバシーで保護されるべき情報とは、単に「私的領域」にある情報のみならず、憲法上保障される自己決定権を基礎として、人のアイデンティティを

87 大村・前掲注 (81) 345 頁。

88 水野・前掲注 (79) 39 頁。

形成する情報と理解される。これを踏まえると、単に一度ある情報を公表したという事実のみをもってしてプライバシーの保護が否定されることはなく、公表の事実をプライバシーの放棄とみなすことは妥当ではないと思われる。

なお、東京地決平成 28 年 7 月 14 日（判例集等未登載）は、自らによる情報公開がプライバシーの放棄と言えるかについては、以下のように判示している。

「その者が自ら前科等を公表したことがある場合、前科等に関わる事実を公表されない法的利益を終生にわたって放棄した、あるいは、公表されることを終生にわたって承諾したものとまでは解する必要はなく、公表媒体の性質、前科等を公表した目的及び公表の内容、公表時の社会的地位と公表内容との関係、公表の影響、その後の生活状況における前科等や公表時の社会的地位の位置付け、公表後の経過期間等をも考慮に入れて、前科等に関わる事実を公表されない法的利益が優越するか否かを判断することで足りるというべきである。

なぜなら、そもそも前科等は公表されるにしても、みだりに公表されるべき事柄ではない上、時の経過に伴い、その前科等についての社会的又は歴史的な意義や公知性が低下し、その者が新たな社会生活を形成しているといえるような場合にまで、その新しく形成した社会生活の平穩を害され、その更生を妨げられない利益を一切有していないというのは不合理だからである。

一方で、一たび公表した前科等の情報について、その者が自らの都合によりその流通を自由に禁止することを認めることも相当ではないのであって、上記に掲げた諸般の事情を総合考慮していくことで、前科等に関わる事実を公表されない利益の程度等を比較衡量していくことが相当である」。

この文言を見るに、裁判所は、自己による情報公開がプライバシーの放棄を意味するとの立場には与しない⁸⁹。自己あるいは他者によるにかかわらず、公開

89 ところで、新潟地判平成 28 年 9 月 30 日（未公表）も類似の文脈で興味深い。この事件では、ある幼児の写真を両親が SNS 上にアップロードしたところ、当該写真に虚偽の情報が付されて第三者に転載された。両親は、当該転載は肖像権を侵害するものとして、プロバイダに発信者の情報の公開を求めた。被告のプロバイダ業者は、当該写

された情報もプライバシーの範疇に含まれ得るのである。そして、その判断基準となるのは、従来の裁判例で示された諸要件（時の経過や情報の性質等）である。「忘れられる権利」をプライバシーの一面と理解する裁判所の立場からすれば、一貫している論理と言えよう。

「時の経過」は「忘却」に際しての重要な要素である。技術の発展により情報が以前よりも容易に保管され風化しなくなった今日、従来と同様の「時の経過」の考慮でよいのかという点には疑問が残る。「諸般の事情を総合考慮」し諸利益を「比較衡量」するための基盤として、現代の社会変化を考慮に入れた他分野の観点からの分析（例えば、現代における情報の永続性が与える社会復帰への影響という刑事政策的観点からの分析等）もまた必要であるように思われる。

Ⅱ．人格権の準拠法：その放棄に着目して

第Ⅰ部では、人格権の一角を占めるプライバシーの権利が、情報の自己開示により放棄されたとみなされ得るのかについて述べた。「忘れられる権利」それ自体の性質についての分析はいったん措いて、本稿の限りにおいては、これをプライバシーの延長、つまりプライバシーに包含されるものと理解することとしよう。

さて、冒頭でも述べた通り、本稿が素材とする事件は涉外性を有する私法上

真が両親によってインターネット上に掲載されたことを理由に肖像権の侵害にはあたらないと主張した。裁判所は、「何人も自己の容貌や姿態を撮影されたり、公表されない利益を有しているのだから、……承諾を得ないで、……多数の閲覧者がリツイート〔ママ〕〔筆者注：インターネット上で拡散〕できるようにする……ことは、……肖像権を侵害するとみるのが相当であ」り、両親による当該写真のインターネット上の公開は他者による利用や拡散を「包括的ないし黙示的に承諾していたとみることはできない」と判示し、肖像権の侵害を認め、被告に発信者の情報の開示を命じている。この事件も自己による情報開示と人格権の処分との関係でとらえることができるように思われる。なお、判決本文は原告側代理人より個人情報保護の配慮の上ご提供いただいた。記して謝意を表する。

の紛争である。そこで、第Ⅱ部では、国際私法上の諸問題を取り扱う。

我が国におけるこの種の新たなプライバシーをめぐる紛争は、多くの場合、検索サービス業者の本社である海外法人が相手方となっている。これは、検索サービス業者の支配的地位を占めるのが米国の会社であり⁹⁰、かつ、これらの会社の日本法人に削除請求をしても有効ではないためである⁹¹。検索サービス市場の現況に鑑みれば、かような状況はしばらく変化しないものと思われる。そうであれば、この種の事件のうちのかかなりの数が涉外性を有する事件ということになろう。

そこで、我が国の国際私法がこのような新たな時代の涉外的なプライバシー侵害の問題をどのように処理すべきか、という点は検討される必要があろう。筆者は以前「忘れられる権利」の準拠法について若干の検討をしたことがあるが、本稿では検討の対象をやや拡大し、涉外的な人格権の侵害に際して生じる国際私法上の諸問題を素描する。

検討に際し、必要に応じて、前掲の東京地裁平成26年10月9日仮処分決定を素地とした設例を用いる。設例の事実は以下の通りである。

X（原告・日本人）は、Y（被告・A国法人）の提供する検索サービスにおいて、自身の名をキーワードとして検索した際に得られる検索結果の一覧に、公に知られたいくない情報が表示されることを知った。そこでXはYに対して、当該情報を検索結果のリストに表示することはプライバシーの侵害である

90 アメリカの分析ツールである StatCounter (<http://gs.statcounter.com/>) によれば、2015年9月から2016年9月までの1年間で、世界で最も用いられた検索エンジンは1位 Google (91.6%)、2位 Bing (2.83%)、3位 Yahoo (2.82%) であり、同時期の日本でも多少の順位と数値の相違はあれ（1位 Google (63.5%)、2位 Yahoo (33.1%)、3位 Bing (3%)）シェアのほとんどがアメリカの企業に占められていることが見て取れる。

91 神田・前掲注(4) 47頁（「日本法人に削除請求をしても……裁判はすぐ負けてしまいます」）。実際、アメリカの検索サービス業者の日本法人を相手方とした京都地判平成26年9月17日（判例集等未登載）では、問題となる検索サイトの管理・運営は被告となった日本法人ではなく親会社たる米国企業であることを理由に原告の訴えは退けられ、控訴審の大阪高判平成27年6月5日（判例集等未登載）もこれを支持している。

として、その表示の停止と損害賠償の支払いを求めて提訴した。これに対して Y は、当該情報はそもそも X が自らテレビ番組で公表したものであり、これをもって X はプライバシーを放棄したと主張した。

1. 侵害準拠法の射程

プライバシーの侵害は一般に不法行為の一種として扱われる。我が国の国際私法規則である法の適用に関する通則法（「通則法」）は、不法行為の準拠法については、一般則たる 17 条に加え、生産物責任の特則（18 条）と名誉・信用毀損の特則（19 条）を有する。

通則法上、プライバシーの侵害の準拠法をいかに定めるかについては議論が二分されている⁹²。すなわち、一般則たる 17 条による説（17 条説）と、名誉・信用毀損の特則たる 19 条による説（19 条説）である。法性決定の段階で、プライバシーの侵害を名誉毀損と同一に扱うべきか、あるいは別個にとらえるべきかという点は、諸外国でも活発に議論が行われている⁹³。

92 櫻田嘉章・道垣内正人（編）『注釈国際私法（第 1 巻）』（有斐閣、2011）485-486 頁 [出口耕自執筆分]、小出邦夫『逐条解説法の適用に関する通則法（増補版）』（商事法務、2014）224 頁。

93 外国での議論について、出口耕自「アメリカ抵触法における名誉毀損」上智法学論集 42 巻 1 号（1998）、同「ローマ II 及び通則法における名誉毀損」上智法学論集 54 巻 2 号（2010）を参照。また、ローマ II 規則は 1 条 2 項（g）で対象外としたプライバシー及び人格権の侵害の法選択規則についての再検討を定めており（30 条）、2009 年に各加盟国の現状を調査した報告書も公表された。Comparative Study on the Situation in the 27 EU Countries as Regards the Law Applicable to Non-Contractual Obligations Arising out of Violations of Privacy and Rights Relating to Personality, JLS/2007/C4/028, available at http://ec.europa.eu/justice/civil/files/study_privacy_en.pdf [latest access: 2016/10/24]. さらに、2012 年の European Parliament Resolution of 10 May 2012 with Recommendations to the Commission on the Amendment of Regulation (EC) No 864/2007 on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (Rome II) (2009/2170(INI)) (available at <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P7-TA-2012-0200+0+DOC+PDF+V0//EN> [latest access: 2016/10/24]) において、プライバシー及び人格権の侵害についての準拠法規則の新設が提案されたが、その後、改正には至っていない。ローマ II 規則における名誉毀損とプライバシー侵害について、D. Kenny & L.

さて、プライバシーをいずれの単位法律関係として扱うべきかという分析は本稿の対象としない。17条あるいは19条のいずれに包含させるにせよ、ここで論じるのは、ここで指定される準拠法（仮に「侵害準拠法」と称することとする）がいかなる問題に適用されるかである。

侵害準拠法は、不法行為の成立をめぐる諸問題及び効力に関する諸問題を規律する⁹⁴。また、損害賠償債権・債務の相続や損害賠償額の算定の問題も、この準拠法により判断される⁹⁵。

前掲の設例において、日本法が定めるプライバシーの侵害の範囲と、A国法が定めるそれが異なる、すなわち法の抵触があるとする。これには2つの場合が想定できる。①日本法によればプライバシーの侵害に該当するがA国法上はプライバシー侵害とならない場合と、反対に②A国法によればプライバシー侵害だが日本法上はプライバシー侵害ではない場合である。より具体的には、検索サービス業者がプライバシー侵害の主体と言えるか（検索サービス業者は問題となる情報をいずれかのウェブサイトに掲載した者ではない）、機械的に収集された情報の表示である検索結果がプライバシー侵害に該当するか、といった点で争いが生じ得る。

このような侵害された（とされる）権利の範囲の決定の問題や誰が侵害者であるかといった問題は、侵害準拠法の射程に入ることになる。したがって、17条説に立てば結果発生地法（ただし、結果発生地がいずれであるかについ

Heffernan, Defamation and Privacy and the Rome II Regulation, in P. STONE & Y. FARAH (ed.), RESEARCH HANDBOOK ON EU PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Edward Elgar, Cheltenham, 2015.

94 櫻田・道垣内（編）・前掲注（92）457頁〔西谷祐子執筆分〕（成立に関する諸問題として不法行為能力、責任能力、故意・過失要件、違法性、損害の要否や種類、及び行為と責任との因果関係が、効力に関する諸問題として損害賠償の請求権者、賠償の方法、賠償すべき損害の種類・範囲、賠償額決定に際しての被害者の過失の斟酌、損害賠償請求権の譲渡性・消滅時効、及び共同不法行為の分担が列挙されている）。これは、プライバシー侵害を一般不法行為あるいは名誉・信用毀損のいずれに法性決定したとしても変わらない。なぜなら、19条は17条の特則であって、「成立及び効力」の概念は17条に定められるものと同一だからである。出口・前掲注（92）482頁。

95 西谷・前掲注（94）458頁。

てはさらに検討が必要になる) が、19 条説に立てば X の常居所地法が、この問題を規律する。

ただし、いずれの場合においても通則法 20 条の定めるより密接な関係のある地の法の存在如何の検討が必要であるし⁹⁶、②の場合で A 国法が準拠法となる場合には、通則法 22 条の考慮もまた必要となる。さらに 21 条の当事者による準拠法選択もあり得る。

従来、プライバシーをめぐる渉外事案の検討はこのような侵害準拠法の射程に含まれる問題に重心が置かれてきたように思われる。ところが、設例のように当事者が権利自体の存否（この場合にはその放棄）について主張する場合、この問題もまた侵害準拠法により規律されると言えるであろうか。この点について、節を改めて検討する。

2. 先決問題としての権利の存否

侵害準拠法は、上述の通り、ある一定の法益ないし権利の侵害の成立と効力に関する「すべての問題」⁹⁷について適用される。しかし、その前提としての侵害の客体となる権利の成立の問題は、別個の問題と考えられている⁹⁸。

権利の成立あるいはその存否の問題は、問題となる個々の権利の準拠法によるものと考えられる。個々の権利の準拠法という点について、人格権は属人法たる本国法によるとするのが我が国の通説である⁹⁹。そうであれば、理論的には、まず本国法によって人格権の存否を判断し、その上で当該権利の侵害について侵害準拠法によって判断されることになる。

96 19 条説に立った場合、20 条の例外を認めない見解も存在する。出口・前掲注 (92) 493 頁。これに対して、19 条の場合にも 20 条の例外が妥当するという説として、植松真生「新国際私法における不法行為：法の適用に関する通則法 17 条、18 条および 19 条の規定に焦点をあてて」国際私法年報 8 号 (2006) 79 頁。

97 山田鐔一『国際私法 (第 3 版)』(有斐閣、2004) 362 頁及び 363 頁。

98 溜池良夫『国際私法講義 (第 3 版)』(有斐閣、2005) 397 頁。山田・前掲注 (97) 362 頁も同様に、「権利の存否は不法行為の先決問題となる」と説明する。

99 西谷・前掲注 (94) 457 頁、溜池・前掲注 (98) 533 頁、山田・前掲注 (97) 559 頁。

この時に懸念されるのが、人格権自体の準拠法と侵害準拠法との間で生じる可能性がある矛盾（適応問題）である。人格権自体の準拠法によれば問題となる人格権が放棄されているにもかかわらず、侵害準拠法によれば侵害が肯定されるという状況が典型例である¹⁰⁰。この時には、侵害の前提となる権利の存在自体が否定されるから、不法行為が生じないことになってしまう。

このように権利の存否と侵害とを別個の問題と取り扱うことから生じる弊害は、伝統的な議論における人格権の存否の準拠法と侵害準拠法との関係においても意識されていた。従来の議論においては、人格権の問題は（氏名権を除いては）侵害の局面においてのみ問題となるものであって、「その侵害との関係を離れて、その権利の存否自体の準拠法を考えることは、理念的には意味があるとしても、実際にそれを適用する場合は考えられない」¹⁰¹と理解された。ゆえに、かような先決問題的処理は実際には必要ないものと位置付けられている。

確かに、人格権の侵害を論じる際に、わざわざその存否を論じることには違和感が皆無とはしない。この点について、「国際的な生命侵害においては、不法行為地法によって、それを規律すれば十分なのであって、生命権の準拠法などというものを考慮する必要がない」¹⁰²という指摘はきわめて印象的である。

この背景にあるのは、人格権という概念が各国で共有されているという状況にあると思われる。すなわち、法制によってその内容に多少の差異はあれども、人格権の存在自体が否定されることは考えられない。そうであれば、取り立ててその存否を問うことなく、侵害についてのみ判断すれば足りることになる¹⁰³。それがゆえに、人格権の存否の問題と侵害の問題は「同一メダルの表と

100 山田鐐一『国際私法の研究』（有斐閣、1969）156頁の注（1）。

101 溜池・前掲注（98）534頁。

102 澤木敬郎「人の氏名に関する国際私法上の若干の問題」家庭裁判月報32巻5号（1980）5頁。

103 人格権それ自体について、「本来国際社会において普遍的に承認さるべきで、準拠法を問題とすべきでない事項」であり準拠法決定をすること自体が「誤り」とする澤木・前掲注（102）5頁の指摘はきわめて示唆的である。

裏」¹⁰⁴ ととらえられ、侵害準拠法のみを考慮すれば足りると理解される。

さらに一步進めて、権利の存否の問題と権利侵害との問題がこのように「表裏一体の関係」¹⁰⁵ にあることから、権利の存否の問題も含めてすべて侵害準拠法によるべきであるとする見解もある¹⁰⁶。この見解に立てば適応問題は生じない。

ここで、国際私法規定の改正について若干付言する。人格権侵害の準拠法に関する議論の多くは侵害準拠法を原因事実発生地法とする旧法たる法例の時代になされたものである。そして、旧法における原因事実発生地法の理解については議論があったところ、通則法の改正に際してこれを変更し、さらにいくつかの単位法律関係については特則を設けた¹⁰⁷。人格権の一類型である名誉毀損に関する特則たる通則法 19 条もこれに該当する。19 条は、名誉という人格的利益が侵害された場合、一般則である結果発生地法を離れて被害者の常居所地法に連結する。この「属人的連結」¹⁰⁸ で指定される常居所地法は身分・能力の問題を規律する属人法としてのそれとは異なる概念であるとされるが¹⁰⁹、そもそもは属人法的一种として理解されていた¹¹⁰。この法が名誉毀損の準拠法として採用されたこと、すなわち、侵害準拠法の選択に際して人を基準とすることは注目に値するように思われる。この改正によって、旧法で懸念された不法行為地と被害者たる「人」の存在する場所との乖離に多少の手当てがなされたと言えるのではないか¹¹¹。

104 出口耕自「国際私法上における名誉毀損」上智法学論集 38 巻 3 号（1995）152 頁。

105 出口・前掲注（92）494 頁。

106 出口・前掲注（104）150 頁以下。また、同 134-138 頁は示唆を得たドイツにおける議論を紹介する。

107 背景について、法例研究会『法例の見直しに関する諸問題（2）：不法行為・物権等の準拠法について』[別冊 NBL85 号]（商事法務、2003）9-11 頁。

108 出口・前掲注（92）490 頁。

109 出口・前掲注（92）492 頁。

110 南敏文『改正法例の解説』（法曹会、1992）46 頁。

111 出口・前掲注（92）490 頁は「名誉毀損は、被害者の社会生活全般に影響を及ぼし、被害者の社会生活の中心において何らかの社会的評価低下をもたらすのが通常である。すなわち、……被害者の常居所地が、およそ不法行為地ではないということは

もちろん、すでに述べた通り、通説によれば属人法として理解されるのは本国法であるから、常居所地法への連結が必ずしも侵害準拠法と属人法との一致を導くわけではない¹¹²。しかし、国境を超える移動が容易であり、国籍所属国以外の地に人が居住することが珍しくない今日、そもそも属人法として本国法が真に妥当であるかという点を問い直す必要性が指摘されている¹¹³。紙幅の関係上、本稿ではこの論点にこれ以上立ち入ることはできないが、仮に常居所地法が属人法として妥当するのであれば、19条の連結政策は適応問題を排除することができるものであると言える。稿を改めて検討したい。

3. 権利の放棄の準拠法

さて、上で述べたように、従来、人格権をめぐる準拠法の議論の焦点は侵害準拠法に集中し、侵害の前提としての権利の存否の準拠法は論じる必要がないものとされていた。

それでは、設例のように権利の放棄が問題となった場合、この問題の準拠法はいずれの法であるか。侵害されたとされる権利が侵害の以前に放棄されていれば、侵害自体が問題とならないのであるから、これは侵害の問題の前提と考えられる。そうであれば、通説に立つ場合、人格権の放棄の問題は権利自体の準拠法によることになる。

では、人格権の存否の問題と同様に、放棄の問題も先決問題的な処理は否定されるか。権利の存否の問題を切り離して論じる必要がない理由は、上述の通り、侵害が生じて初めて問題となる点に求められている。そうであれば、人格権の放棄の問題が侵害の問題を離れて単独で問題となり得るとすれば、別個の

まず考えられない」と指摘する。

112 ところで、不法行為地とは権利の所在地であり、人格権の所在地は本国法とする見解が存在することは興味深い。山口弘一「不法行為の準拠法」商学研究7巻2号(1928)21頁。この見解によった場合にも、適応問題は生じないことになる。

113 この点についての最近の論稿として、L. D'Avout, « La Lex Personalis entre Nationalité, Domicile et Résidence Habituelle », in *Mélanges Bernard Audit*, LGDJ, Paris, 2014 を参照。

問題として扱わねばならない。他方、常に侵害の問題に伴って生じるのであれば、格別属人法によることなく侵害準拠法を考慮すれば足りると考えられる。

ここで、「人格権」と一概に論じることが難しく、それぞれの類型について検討が必要であると考え。既に指摘した通り、確かに、人格権の代表的な類型である名誉や生命・身体にかかる権利について侵害の前提としてその存否を問うことは多くないように思われる。人がそもそも名誉ないし生命・身体について権利を有することに疑問は持たれないし、単独でその放棄を主張する状況も想定し難い。それゆえに侵害が生じた時に初めてその権利性が意識されるとも言えよう。

これに対して、プライバシーの権利はそうではない。権利の侵害とは異なる側面でその権利が論じられることがある。その一例が権利の放棄である。現代社会で展開される多くのサービスを利用する際には、プライバシーをはじめとする人格的な権利の放棄に同意することが利用規約 (Terms of Use) によって要求される¹¹⁴。利用者也、利用規約に対する自らの「同意」がプライバシーの放棄を意味することを意識していないわけではない¹¹⁵。直截に放棄とは言い難いが、プライバシーの保護から離脱することと引き換えにより安価なサービスを提供する、といったビジネスモデルすら提唱されている¹¹⁶。以上に挙げた状

114 例えば、長らく人気ランキングの上位を占めているあるアプリ・ゲームの利用規約には、「適用される法律によって認められる範囲で、あなたがここにあなたがサービス内容やフィードバックを持っている可能性のある人格権やパブリシティやプライバシーの権利を放棄します。」〔原文ママ〕との条項が含まれている。これは最も端的な例であるが（なお、当該アプリ・ゲームの英語版の Terms of Use には同様の文言は含まれていないことも付言する）、同様の条項を有する利用規約の例は枚挙に暇がない。また、この条項にいう「適用される法律によって認められる範囲」が意図するところも検討の余地があるように思われるが、あくまで一例示に留めることとし、これ以上は立ち入らない。

115 新保史生「ビッグデータの取り扱いをめぐる法的責任の“誤解”と“誤認”」EnterpriseZine、2012年10月15日付、<https://enterprisezine.jp/iti/detail/4204>（2016年11月2日最終確認）を参照。

116 「[G]iving up [...] of your personal data」によりブロードバンド接続が安くなるサービスについて、C. Silver, “Comcast Wants to Charge You Less for Broadband at the

況に鑑みれば、侵害の発生を俟つことなく、かような同意の可能性や、同意したとしてその有効性の如何が問題になり得るように思われる。

このように考えるならば、プライバシーは、もちろん権利侵害が議論の中心にはなろうが、必ずしも侵害の問題のみを考慮すれば足りるとは言い難いのではない。そうであれば、権利自体についての準拠法たる属人法の考慮は必要なしとしてきた従来の議論は妥当し得ない。これは、人格権の侵害準拠法と属人法に関する従来の議論の中心が名誉権にあったためではないかと考える¹¹⁷。

現代の社会変化を考慮すれば、人格権の侵害準拠法と権利自体の準拠法は必ずしも「同一メダルの表と裏」ではなくなっている。侵害から離れて権利自体が問題となる場合に、その問題を規律する法として侵害準拠法を指定することは妥当ではない。侵害自体、まだ生じていない可能性すらあるためである。

権利自体の問題と侵害が別個の問題と法性決定される必要がある。そうすると、連結政策によっては準拠法が異なることになり、従来の議論が懸念してきた適応問題が生じる危険が再出する。実際、現在の通説に従うのであれば権利自体の準拠法は属人法たる本国法となるから、その可能性は高いと思われる。

この意味で、本稿は以前から指摘されている問題への解決を呈示できてはいない。しかし、ここで強調すべきは、これまで等閑に付されてきた人格権自体の準拠法を改めて検討する必要性が明らかになった点である。人格に関する権利それ自体についての準拠法は、現代においては、理論上で意識すれば足りるものではない。

Expense of Your Privacy”, Forbes, August 4th, 2016, available at <http://www.forbes.com/sites/curtissilver/2016/08/04/comcast-broadband-privacy-fcc/#7c2d0ad495d1> [latest access: 2016/11/02].

117 議論の俎上に載せられた人格的権利はいわゆる「伝統的」な名誉権であった。出口・前掲注(104) 152 頁が、属人法の考慮が必要なしとするのは「名誉毀損に関する限り」と明記していることにも留意が必要である。

小括

権利の放棄の問題は侵害とは別個に生じる可能性があり、ゆえにその準拠法もそれぞれ概念される必要がある。権利が放棄されればそれ以降はその権利を主張できないのであるから、放棄はいわば権利の運命の問題である。そうであれば、権利自体の準拠法がこれを規律することになると思われる。人格権自体の準拠法は、通説によれば、人格に由来するがゆえに属人法であり、具体的には本国法となる。

この時、本稿が想定する設例のように、侵害の問題と関連する形で放棄の問題が生じた時には、それぞれの準拠法が異なるがゆえに矛盾する状況が生じ得る。この状況は、従来の議論では権利自体の準拠法を観念する必要性が否定されてきたために、さほど問題視されていなかった。しかし、現在の状況に鑑みれば、実際にこの問題が発生する可能性は否定できない。

かような状況を回避するため、例えば、権利はその利用に際して権利性が意識されることから¹¹⁸、権利自体の準拠法を例えば利用行為地の法とするのはどうか。多くの場合、この法と侵害準拠法は一致するものと思われる。しかし、この連結方法は適応問題こそ回避できるかも知れないが、人格権を容易に放棄できる地を利用地とする、といった恣意的な操作の危険が否定できない。人にかかる権利について、事例ごとに異なり得る法を準拠法とする妥当性にも疑問が残る。

さらに付言するに、人の人格にかかる権利を放棄することができるか否かは、第Ⅰ部でも述べた通り、その国の法秩序の根幹ともかかわる重要な問題と言える。そのため、準拠法の如何を問わず、通則法 42 条の定める公序の考慮

118 直截の文脈ではないが、佐藤やよひ「サルバドル・ダリ事件」コピライト 2004 年 2 月 [通号 514] 号 (2004) 30 頁を参照 (「一般に無体財産権に限らず、権利については権利性を付与する国法があり、そのようにして生まれた権利の所在はある意味でまさに *ubiquitas* なのである。つまり、権利そのものは有体性を持たず、このような有体性のない権利については所在地は一般的には決定できないといわざるを得ない。ただ、その権利性が露わになるのは観念的存在としての権利という「力」を行使すべき時である。」)。

もまた必要になろう。

結びにかえて

これまで見てきたように、人格権の準拠法をめぐる議論には空白のまま残された部分が多いと言わざるを得ない。人格権が多様化し、この権利をめぐる国境を超える紛争も増加する傾きが見られる今日、この空隙をそのままにすることには問題がある。

人格権の準拠法をめぐる議論においては、従来の議論の中心であった侵害準拠法として最も妥当な法がいずれの地の法であるかという点のみならず、他の問題にも意識を傾ける必要がある。権利自体の準拠法が属人法であるという従来の定説にも批判的検討がなされる必要があろうし、そもそも属人法として妥当な法とは何であるかも分析されなければならない。また、そもそも「人格権」として把握することが妥当であるかの考慮も求められよう。実際、人格権の一類型である氏名権については別個の考慮がなされていることが多い¹¹⁹。これと同様に、プライバシーもまた別個に検討する余地もあり得るのかも知れない。

本稿は、人格権の準拠法をめぐる諸問題を僅かに素描したに過ぎない。これを端緒として、残された多くの問題は今後の課題とし、改めて取り組むこととしたい。

* 本稿脱稿後、検索結果の削除請求に関する最高裁の初めての判断が示されたが（最三決平成 29 年 1 月 31 日（裁判所 HP））、「忘れられる権利」という文言及びプライバシーの放棄についての言及はなかった。本決定は、検索結果の削除は「事実を公表されない法的利益」と「情報を検索結果として提供する理由に関する諸事情」との比較衡量により判断されるべきとした。これは従来のプライバシーの枠組みによるものと思われる。

119 溜池・前掲注（98）534-536 頁、五十嵐・前掲注（8）295 頁。